A **BORHAN ISMAIL & SATU LAGI**

**lwn.**

**PP**

B MAHKAMAH TINGGI MALAYA, JOHOR BAHRU
MOHD ZAWAWI SALLEH H
[RAYUAN JENAYAH NO: MT(3) 42-36-2009, MT(3) 42-37-2009, MT(3) 42-38-2009 & MT(3) 42-39-2009]
18 MAC 2010

C ***PROSEDUR JENAYAH:*** *Hukuman - Kesetimpalan - Rogol dan rompakan bersenjata - Dihukum 15 tahun penjara dan 10 sebatan dan 10 tahun penjara dan 15 sebatan - Hukuman diperintah berjalan berasingan - Sama ada kesalahan dilakukan dalam transaksi yang sama - Sama ada harus berjalan serentak - Sama ada hukuman suatu "crushing*
D *sentence" - Kanun Keseksaan ss. 376, 392, 397*

Kedua-dua perayu telah dituduh, dibicara dan disabitkan atas satu kesalahan rogol di bawah s. 376 Kanun Keseksaan ('pertuduhan pertama') dan dua kesalahan rompakan bersenjata di bawah ss. 392/
E 397 Kanun yang sama ('pertuduhan kedua dan ketiga') - dan berikutnya - telah dihukum 15 tahun penjara dan 10 sebatan rotan bagi kesalahan pertama, dan 10 tahun penjara dan 10 sebatan rotan bagi setiap pertuduhan kedua dan ketiga. Selain itu, Mahkamah Sesyen juga memerintahkan supaya hukuman bagi pertuduhan
F pertama berjalan berasingan dengan hukuman pertuduhan kedua dan ketiga, walaupun bagi pertuduhan kedua dan ketiga itu sendiri, hukuman-hukumannya diperintah berjalan serentak. Fakta menunjukkan bahawa perbuatan rogol adalah dilakukan terhadap seorang perempuan berumur 20 tahun ('SP2'), sementara perbuatan merompak (bersenjatakan pisau) dilakukan masing-masing terhadap
G SP2 dan teman lelakinya ('SP3'). Apapun, dalam rayuan di hadapan yang arif hakim Mahkamah Tinggi di sini, persoalan-persoalan berikut antara lain telah berbangkit, iaitu (i) sama ada perbuatan rogol telah dibuktikan dengan keterangan yang mencukupi; (ii) sama ada hakim sesyen wajar dalam memerintahkan hukuman secara
H berasingan di atas; dan (iii) sama ada, berdasarkan fakta, hukuman rotan bagi pertuduhan kedua dan ketiga tidak harus dikenakan.

**Diputuskan (membenarkan sebahagian rayuan):**

I **(1)** Setelah mendengar pihak-pihak, mahkamah ini membenarkan sebahagian rayuan, iaitu dengan mengenepikan hukuman sebatan di bawah ss. 392/297 Kanun Keseksaan bagi pertuduhan kedua dan ketiga serta memerintahkan hukuman

penjara bagi kedua-dua pertuduhan tersebut berjalan serentak dengan hukuman penjara bagi pertuduhan pertama di bawah s. 376 Kanun Keseksaan. Sabitan dan hukuman selainnya adalah dikekalkan. (perenggan 4)

**(2)** Bagi pertuduhan rogol, keterangan jelas menunjukkan bahawa di tempat kejadian, SP2 telah dipaksa berbogel oleh kedua-dua tertuduh, selepas mana tertuduh pertama telah merogolnya. Perbuatan tertuduh pertama tersebut adalah dilakukan di hadapan SP3 and telah dilihat dengan jelas oleh SP3. Bagi tertuduh kedua, walaupun SP3 hanya dapat melihat beliau membawa SP2 ke tempat yang lebih gelap, penemuan kesan air mani tertuduh kedua pada seluar dalam dan seluar jeans SP2 menyokong dakwaan bahawa tertuduh kedua memang telah merogol SP2. (perenggan 7)

**(3)** Walaupun tidak diragukan bahawa sebilah pisau telah digunakan dalam rompakan tersebut, pihak pendakwaan telah gagal membuktikan tanpa keraguan munasabah mengenai identiti orang yang mengeluarkan pisau dan mengacukan pisau kepada SP2 dan SP3. Keterangan SP2 dan SP3 dalam aspek ini adalah bercanggah, di mana SP2 mengatakan tertuduh pertama yang menggunakan pisau, manakala SP3 pula mengatakan tertuduh kedua yang berbuat demikian. Maka hakim sesyen khilaf apabila menjatuhkan hukuman rotan menurut s. 397 Kanun Keseksaan terhadap kedua-dua tertuduh. Oleh itu, hukuman rotan bagi pertuduhan kedua dan ketiga adalah diketepikan. (perenggan 9 & 13)

**(4)** Pertuduhan pertama, kedua dan ketiga, dalam apa keadaan sekalipun, berlaku dalam transaksi yang sama. Adalah menjadi kelaziman bahawa apabila mahkamah menjatuhkan hukuman terhadap satu atau lebih kesalahan yang berbangkit dari transaksi yang sama, hukuman yang dijatuhkan itu hendaklah berjalan serentak (lihat antara lain *Abu Seman v. PP*, *Annantan Subramaniam v. PP* dan *Vijeyan v. PP*). Dan walaupun diakui bahawa hakim sesyen di sini mempunyai budibicara untuk tidak mengikut konsep 'transaksi yang sama' ini, namun itu hanya boleh dibuat dalam keadaan yang luar biasa sahaja, di mana hakim sesyen perlu mengenal pasti keadaan-keadaan tersebut. Alasan-alasan penghakiman hakim sesyen di sini bagaimanapun tidak mengenal pasti keadaan-keadaan luar biasa tersebut. (perenggan 14, 24 & 25)

A **(5)** Jika hukuman bagi pertuduhan pertama diperintahkan berjalan berasingan dengan pertuduhan kedua dan ketiga, kedua-dua tertuduh akan menjalani hukuman penjara selama 25 tahun, di samping terpaksa menjalani 30 sebatan rotan. Ini bukan sahaja merupakan satu "crushing sentence" tetapi adalah tidak teratur
B di sisi undang-undang tertutama berhubung dengan sebatan rotan. (perenggan 30)

**Kes-kes yang dirujuk:**
*Abu Seman v. PP [1981] 1 LNS 181* ***(diikuti)***
*Amrita Lal Hazia & Others v. Emperor ILR 42 Cal 952* ***(dirujuk)***
C *Annantan Subramaniam v. PP [2007] 8 CLJ 1 HC* ***(diikuti)***
*Attorney-General v. Tichy [1982] 30 sasr 84* ***(dirujuk)***
*Bachik Abdul Rahman v. PP [2004] 2 CLJ 572 CA* ***(dirujuk)***
*Blockburger v. United States 284 US 299* ***(dirujuk)***
*Chin Choy v. PP [1955] 1 LNS 17 HC* ***(dirujuk)***
*Emperor v. Ghulam Wd, Sarang and Others [1908] Cr LJ 191* ***(dirujuk)***
D *Jarvis v. The Queen [1993] 20 WAR 201* ***(dirujuk)***
*Jayaraman & Ors v. PP [1979] 1 LNS 36 HC* ***(dirujuk)***
*Leken Gerik (M) v. PP [2007] 8 CLJ 158 HC* ***(dirujuk)***
*Postiglione [1997] 189 CLR 295* ***(dirujuk)***
*PP lwn. Suhaimi Mohd Reduan [2009] 1 LNS 724 HC* ***(dirujuk)***
*PP v. Yap Huat Heng [1986] 1 CLJ 81; [1986] CLJ (Rep) 645 HC* ***(dirujuk)***
E *R v. Faithful [2004] 142 A Crim R 54* ***(dirujuk)***
*R v. Faulker [1972] 5 Cr App R 594* ***(dirujuk)***
*R v. Scanlon [1987] 89 FLR 77* ***(dirujuk)***
*Ruance v. The Queen [1979] 1A Criminal R 284* ***(dirujuk)***
*Subramaniam & Anor v. PP [1975] 1 LNS 169 HC* ***(diikuti)***
*Vijeyan Kunjoo v. PP [2008] 5 CLJ 504 HC* ***(diikuti)***
F *Western Australia v. Miller [2005] 30 WAR 38* ***(dirujuk)***
*Wong Kai Chuen Philip v. PP [1990] 1 LNS 146 HC* ***(dirujuk)***
*Worthington v. Western Australia [2005] 152 A Crim R 585* ***(dirujuk)***

**Perundangan yang dirujuk:**
G Criminal Procedure Code, s. 288
Penal Code, ss. 34, 376, 392, 397

**Sumber-sumber yang dirujuk:**
*Ratanlal & Dhirajlal's Law of Crimes*, edisi 24 edn, ms 1922
DA Thomas, *Principles of Sentencing*, 2nd edn, 1979, ms 53, 57
H Professor Fox dan Freiberg, *Sentencing: State and Federal Law in Victoria,* 2nd edn, 1999, ms 715

*Bagi pihak perayu pertama - John Fernandez; T/n R Muthu & Co*
*Bagi pihak perayu kedua - Hadir sendiri*
*Bagi pihak responden - Mohd Amril Johari TPR*

I *Dilaporkan oleh Wan Sharif Wan Ahmad*

## PENGHAKIMAN

**Mohd Zawawi Salleh H:**

### Latar Belakang

**[1]** Ini adalah rayuan oleh Borhan bin Ismail, perayu pertama (P1) dan Arif Aryanto, perayu kedua (P2) yang tidak berpuas hati terhadap keputusan Hakim Mahkamah Sesyen ('HMS'), yang dibuat pada 4 Ogos 2009, di mana P1 dan P2 telah, selepas perbicaraan penuh, didapati bersalah dan disabitkan dengan tiga pertuduhan, masing-masing satu pertuduhan di bawah s. 376 Kanun Keseksaan dan dua pertuduhan di bawah s. 392/397 Kanun Keseksaan (Pertuduhan Kedua dan Ketiga) yang dibaca bersama dengan s. 34 Kanun yang sama.

**[2]** P1 dan P2 telah dijatuhkan hukuman 15 tahun penjara dan sepuluh sebatan rotan bagi pertuduhan pertama dan sepuluh tahun penjara dan 15 sebatan rotan bagi pertuduhan kedua dan ketiga. HMS memerintahkan supaya hukuman bagi pertuduhan pertama berjalan berasingan ('consecutive') dari hukuman pertuduhan kedua dan ketiga dan hukuman bagi pertuduhan kedua dan ketiga berjalan serentak ('concurrent').

**[3]** P1 merayu terhadap kedua-dua sabitan dan hukuman manakala P2 hanya merayu terhadap hukuman sahaja.

**[4]** Selepas mendengar pihak-pihak, mahkamah ini menolak rayuan P1 terhadap sabitan dan membenarkan sebahagian rayuan P1 dan P2 terhadap hukuman di mana mahkamah ini mengenepikan hukuman sebatan di bawah s. 392/397 Kanun Keseksaan bagi pertuduhan kedua dan ketiga serta memerintahkan hukuman penjara bagi kedua-dua pertuduhan tersebut berjalan serentak dengan hukuman penjara bagi pertuduhan pertama di bawah s. 376 Kanun yang sama.

**[5]** Pendakwa Raya tidak berpuas hati terhadap perintah tersebut dan merayu ke Mahkamah Rayuan.

### Pertuduhan

**[6]** Pertuduhan-pertuduhan yang dikemukakan terhadap P1 dan P2 yang dibicarakan secara bersama ialah seperti berikut:

> Pertuduhan Pertama
>
> Bahawa kamu pada 13.11.2005 jam lebih kurang 1.00 pagi bertempat di sebuah jambatan berhampiran perumahan 2 tingkat yang dalam pembinaan di Jalan Utama, Taman Pasir Putih, Pasir Gudang, di

dalam Daerah Johor Bahru, di dalam Negeri Johor Darul Takzim telah merogol seorang perempuan Melayu bernama xxx (No. K/P: xxx) umur 20 tahun. Oleh yang demikian kamu telah melakukan satu kesalahan yang boleh dihukum di bawah Seksyen 376 Kanun keseksaan.

Pertuduhan Kedua

Bahawa kamu pada 13.11.2005 jam lebih kurang 1.00 pagi bertempat di sebuah jambatan berhampiran perumahan 2 tingkat yang dalam pembinaan di Daerah Johor Bahru, di dalam Negeri Johor Darul Takzim telah merompak dua buah telefon bimbit, seutas rantai emas, sebentuk cincin emas dan wang tunai RM140 kepunyaan xxx (No. K/P xxx) dan semasa melakukan rompakan tersebut kamu telah menggunakan senjata tajam iaitu sebilah pisau. Oleh itu kamu telah melakukan satu kesalahan yang boleh dihukum di bawah Seksyen 392/397 Kanun Keseksaan dan dibaca bersama Seksyen 34 Kanun Keseksaan.

Pertuduhan Ketiga

Bahawa kamu pada 13.11.2005 jam lebih kurang 1.00 pagi bertempat di sebuah jambatan berhampiran perumahan 2 tingkat yang dalam pembinaan di Jalan Utama, Taman Pasir Putih, Pasir Gudang, di dalam Daerah Johor Bahru, di dalam Negeri Johor Darul Takzim telah merompak dua buah telefon bimbit, seutas rantai emas, sebentuk cincin emas dan wang tunai RM140 kepunyaan Azri bin Radzali (No. K/P 820606-01-5383) dan semasa melakukan rompakan tersebut kamu telah menggunakan senjata tajam iaitu sebilah pisau. Oleh itu kamu telah melakukan satu kesalahan yang boleh dihukum di bawah Seksyen 392/397 Kanun Keseksaan dan dibaca bersama Seksyen 34 Kanun Keseksaan.

## Ringkasan Fakta Kes

**[7]** Bagi tujuan rayuan ini, fakta kes ini bolehlah diringkaskan seperti berikut:

(a) SP2 dan teman lelakinya SP3, setelah selesai makan di sebuah restoran di Tanjung Langsat, pulang ke rumah dengan menaiki sebuah motosikal. Di dalam perjalanan pulang tersebut, mereka telah dihampiri oleh motosikal yang ditunggang oleh P1 dan P2. Penunggang-penunggang motosikal-motosikal itu telah memintas dan menendang motosikal SP3 yang mengakibatkan SP2 dan SP3 terjatuh. Kemudiannya P1 dan P2 telah menumbuk dan menerajang SP3. SP2 dan SP3 diberitahu perbuatan itu dilakukan adalah kerana SP3 telah memukul adik P1;

(b) Selepas itu, P1 telah membawa SP3 menaiki motosikal SP3 dan P2 pula membawa SP2 ke tempat kejadian iaitu di suatu jalan pintas yang agak gelap dan berhutan di atas jambatan. Setibanya di situ, P1 dan P2 telah meminta I/C dan barang-barang peribadi SP2 dan SP3. Apabila SP2 dan SP3 membantah, P1 dan P2 memukul mereka. Begitu juga bila ditanya tentang adik P1. Kemudiannya, SP2 dan SP3 disuruh berbogel. Apabila mereka enggan melakukannya, P1 dan P2 memukul mereka. Setelah berbogel, P1 menyuruh mereka melakukan hubungan seks tetapi mereka enggan, lalu berlaku pergelutan dan P1 telah mengeluarkan sebilah pisau;

(c) Selepas itu, P1 telah menarik SP2 ke jambatan dan di tempat ini P1 telah merogolnya. Selepas itu, P1 telah pergi kepada SP3, manakala P2 pula telah menarik tangan SP2 dan membawa ke kawasan yang lebih gelap. Di situ, P2 telah baring dan menyuruh SP2 duduk di atasnya. Apabila SP2 enggan, lalu P2 telah menumbuk ari-arinya dengan kuat. Selepas itu, SP2 duduk di atas P2 di mana P2 telah memasukkan kemaluannya ke dalam kemaluan SP2;

(d) Kemudiannya, P2 dan SP2 menuju ke tempat P1 dan SP3 berada. Pakaian SP2 dan SP3 dikembalikan dan mereka disuruh pulang. P1 telah sempat meramas payu dara dan memegang punggung SP2 sambil memegang pisau menghunus ke arah SP3. Angin motosikal SP3 telah dikeluarkan dan mereka diarah pergi dari situ. P1 dan P2 mengikut mereka dari belakang. Selepas itu, P1 dan P2 menghilangkan diri;

(e) Untuk pertuduhan rogol terhadap P1, keterangan SP2 disokong oleh keterangan SP3. Menurut SP2, P1 telah menarik dia ke tepi tebing lalu melucutkan seluarnya ke paras lutut dan mengarahkan SP2 duduk di atas tembok jambatan. Kemudiannya, P1 memasukkan kemaluannya ke dalam kemaluan SP2. SP2 nampak kemaluan P1 masuk ke dalam kemaluannya. SP3, di dalam keterangannya, mengesahkan bahawa dia nampak dengan jelas kemaluan P1 masuk ke dalam kemaluan SP2. SP3 juga nampak SP2 meronta-ronta minta dilepaskan. SP3 boleh nampak perbuatan P1 merogol SP2 kerana keadaan di tempat kejadian adalah terang dengan cahaya bulan;

(f) P2 telah menarik SP2 ke kawasan semak yang jauh dari SP3 dan P1 selepas P1 merogol SP2. P2 telah berbaring dan mengarahkan SP2 duduk ke atasnya tetapi SP2 enggan lalu ditumbuk di perut dan di ari-ari. Setelah dipaksa, SP2 pun duduk ke atas P2 dan P2 memasukkan kemaluannya ke dalam kemaluan SP2. Perbuatan rogol oleh P2 ke atas SP2 hanya mendapat sokongan keterangan daripada SP3 yang nampak P2 menarik SP2 ke kawasan yang lain;

(g) Penemuan kesan air mani P2 pada seluar dalam dan seluar jean SP2 oleh pakar DNA (SP6) menyokong dakwaan bahawa P2 memang telah merogol SP2. Juga terdapat kesan air mani P2 pada "scrab" yang diambil dari kemaluan SP2;

(h) Walaupun pakar perubatan (SP7) mendapati kesan koyakan lama pada kemaluan SP2, namun ia tidak bermakna P1 dan P2 tidak merogol SP2. Penemuan kesan air mani P2 pada kemaluan SP2 dan keterangan secara langsung daripada SP3 yang nampak dengan jelas kemaluan P1 memasuki kemaluan SP2 boleh dibuat kesimpulan bahawa pihak pendakwaan telah membuktikan kes *prima facie* pertuduhan rogol ke atas P1 dan P2. SP2 dirogol secara paksa dan dengan ugutan senjata pisau;

(i) Berkaitan dengan pertuduhan merompak, SP2 dan SP3, keterangan yang diberikan oleh mereka saling menyokong antara satu sama lain. Mereka telah ditendang oleh P1 dan P2 pada motosikal mereka dan mengakibatkan mereka terjatuh. P1 dan P2 telah mengarahkan SP2 dan SP3 menyerahkan I/C dan semua barang-barang mereka. Antara barangan SP2 yang dirompak adalah handphone, sebentuk cincin, seutas rantai emas dan wang tunai RM140. Manakala SP3 pula dirompak telefon bimbit dan wang tunai. Mereka telah menyerahkan barang-barang tersebut kepada P1 dan P2 kerana ada pisau yang telah digunakan. Fakta tentang siapakah yang mengacu pisau tidak jelas. Penemuan dua buah handphone yang berkaitan dengan kes ini dari sebuah kedai handphone Koi Chong Aik juga menyokong keterangan SP2 dan SP3 bahawa mereka telah dirompak;

(j) Untuk pembuktian niat bersama, ia dapat dibuktikan dengan tindakan bersama yang telah dilakukan oleh P1 dan P2 bermula dari menghimpit, menendang dan menolak sehinggalah terjatuh motosikal SP3. Mereka telah bersama-sama pergi ke tempat kejadian walaupun menaiki motosikal yang berasingan. P1

membawa SP3 dengan motosikal SP3 manakala P2 pula membawa SP2 dengan motosikal P1 dan bersama-sama menuju ke tempat yang sama; dan

(k) Semasa di tempat kejadian, mereka bersama-sama memukul dan menendang sama ada SP2 dan SP3. Mereka sama-sama membuang angin tayar motosikal SP3. Seterusnya, dengan menaiki motosikal P1, mereka secara bersama mengekori motosikal SP3 yang diarah beredar dari tempat kejadian dan selepas itu secara bersama-sama pula menghilangkan diri dari pandangan SP2 dan SP3. Justeru, P1 dan P2 mempunyai niat yang bersama untuk merompak SP2 dan SP3.

**Justifikasi Hukuman Rotan Diketepikan Bagi Pertuduhan Kedua Dan Ketiga**

**[8]** Mahkamah ini telah meneliti keterangan SP2 dan SP3 mengenai siapakah sebenarnya yang telah mengeluar atau mengacukan pisau semasa rompakan dilakukan. HMS telah menjatuhkan hukuman rotan ke atas kedua-dua P1 dan P2 menurut s. 397 Kanun Keseksaan walaupun keterangan yang ada menunjukkan hanya sebilah pisau sahaja digunakan dan identiti sebenar orang yang mengeluar dan mengacukan pisau adalah bercanggah.

**[9]** Mahkamah ini berpendapat bahawa pihak pendakwaan telah gagal membuktikan tanpa keraguan yang munasabah mengenai identiti orang yang mengeluar dan mengacukan pisau kepada SP2 dan SP3 walaupun tidak diragukan bahawa sebilah pisau telah digunakan dalam rompakan tersebut. Keterangan SP2 dan SP3 dalam aspek ini adalah bercanggah antara satu sama lain dan tidak boleh diharmonikan. SP2 dalam keterangannya mengatakan bahawa P1 telah menggunakan pisau (sila lihat ms. 36 Rekod Rayuan). Manakala SP3 pula dalam keterangannya menyatakan bahawa P2 yang mengeluarkan pisau (sila lihat ms. 53 Rekod Rayuan). Dalam keadaan demikian, HMS adalah khilaf apabila menjatuhkan hukuman rotan menurut s. 397 Kanun Keseksaan terhadap kedua-dua P1 dan P2.

**[10]** Pembuktian aspek ini oleh pihak pendakwaan adalah tidak memberi keyakinan dan tidak mencapai tahap seperti yang dikehendaki iaitu tanpa keraguan yang munasabah dan adalah tidak selamat untuk bergantung kepadanya. Berhubung perkara ini, Mahkamah ini telah berpeluang menyatakan dalam kes *PP lwn. Suhaimi Mohd Reduan* [2009] 1 LNS 724:

A [21] Rasional mengapakah dalam sesuatu kes jenayah, beban diletakkan ke atas pihak pendakwaan untuk membuktikannya tanpa keraguan yang munasabah telah dijelaskan oleh Mr. Justice Brennan dalam kes *In Re Winship*, 397 U.S. 358 [1970] (US Supreme Court) seperti berikut:

B The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused, during a criminal prosecution, has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that C values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt. As we said in *Speiser v. Randall, supra* at 357 U.S. 525-526:

> D There is always, in litigation, a margin of error, representing error in fact finding, which both parties must take into account. Where one party has at stake an interest of transcending value - as a criminal defendant his liberty - this margin of error is reduced as to him by the process of placing on the other party the burden of … persuading the fact finder at the conclusion of the trial of his guilt beyond a E reasonable doubt. Due process commands that no man shall lose his liberty unless the Government has borne the burden of … convincing the fact finder of his guilt.

To this end, the reasonable doubt standard is indispensable, for F it "impresses on the trier of fact the necessity of reaching a subjective state of certitude of the facts in issue". [Dorsen & Reznect, *In Re Gault and the Future of Juvenile Law*, 1 Family Law Quarterly, No. 4, pp. 1, 26 (1967)]. Moreover, use of the reasonable doubt standard is indispensable to command the respect and confidence of the community in applications of the G criminal law. It is critical that the moral force of the criminal law not be diluted by a standard of proof that leaves people in doubt whether innocent men are being condemned. It is also important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offence without convincing a proper fact H finder of his guilt with utmost certainty.

**[11]** Dalam kes *Subramaniam & Anor v. PP* [1975] 1 LNS 169, Ajaib Singh H berkata di:

> I There is another aspect of this case which remains to be considered, although it was not discussed during the hearing of the appeal before me. The appellants were, as stated earlier, charged under sections 392

and 397 read with section 34 of the Penal Code. Section 397 provides for the imposition of an additional punishment by way of whipping if, at the time of committing or attempting to commit the substantive offence of robbery the offender is armed with or uses a deadly weapon or causes grievous hurt to any person or attempts to cause death or grievous hurt to any person. However, **whipping may be ordered by the court only against the particular offender** who is thus armed or causes grievous hurt and not against a person who associates with such armed offender in the commission of the offence of robbery but is himself not armed with a deadly weapon and does not himself cause grievous hurt or attempt(s) to cause death or grievous hurt to any person. **The joint liability** of two or more persons in the doing of a criminal act **under section 34** of the Penal Code **does not extend to section 397** of the code provides for the imposition of an additional sentence and **its provisions are to be invoked only against an offender who actually acts in contravention of that section** and to no other person no matter how much that person may have acted in concert and in furtherance of the common intention to commit robbery. (Penekanan ditambah).

[Lihat juga kes *Tan Chew Man v. P.P* [1977] 2 MLJ 247].

**[12]** Berhubungan dengan isu ini juga, *Ratanlal & Dhirajlal's Law of Crimes*, edisi kedua puluh empat, menyatakan di ms. 1922 seperti berikut:

According to the Bombay, the Calcutta, the Madras, the Patna and the Rangoon High Courts the liability to an enhanced punishment is limited to the offender who actually causes grievous hurt or uses a deadly weapon, and not the case of persons associated with such offender in the commission of the offence. The words "offender" and "such offender" refer only to the persons who are proved to have actually 'used' deadly weapons and not to the other who in combination with such persons have committed robbery or dacoity. Section 34 has no application in the construction of this section though it may be read with sections 392 and 395 to determine the substantive offence which is created. In one case the Allahabad High Court held that the words "such offender" include any person taking part in the dacoity who, though he may not himself have struck the blow causing the grievous hurt, is nevertheless liable for the act by reason of section 34. But in subsequent cases it has laid down that the punishment provided for by this section applies only to those persons taking part in a dacoity who themselves used deadly weapons or themselves caused grievous hurt. This view has been endorsed by the Supreme Court which has reiterated that the use of a deadly weapon by one offender at the time of committing robbery cannot attract section 397 for the imposition of the minimum punishment on another offender who has not used any deadly weapons. It does not apply to such persons taking

A part in a dacoity as may be liable for grievous hurt, committed by one of the party only by virtue of section of section 34. **It has also held that if a gun is used in a dacoity by a person or persons unknown, all of the dacoits must be punished with at least seven years' imprisonment**. In other words the section does not provide for joint liability as section 149 does. (Penekanan ditambah).

B

**[13]** Memandangkan dalam kes ini keterangan yang dikemukakan tidak menunjukkan dengan pasti identiti tertuduh yang mengacukan pisau iaitu senjata berbahaya walaupun terdapat keterangan yang boleh disimpulkan bahawa salah seorang mereka telah berbuat demikian, hukuman sebatan bagi pertuduhan kedua dan ketiga tidak sepatutnya dikenakan terhadap P1 dan P2. Oleh itu, hukuman rotan bagi pertuduhan kedua dan ketiga diketepikan.

C

**Justifikasi Hukuman Pertuduhan Kedua Dan Ketiga Diperintahkan Berjalan Serentak Dengan Pertuduhan Pertama**

D

**[14]** Pertuduhan pertama, kedua dan ketiga, dalam apa keadaan pun, pada pandangan mahkamah ini, berlaku dalam transaksi yang sama ('same transaction or a single transaction'). Adalah menjadi undang-undang yang mantap penghukuman bahawa apabila mahkamah menjatuhkan hukuman terhadap satu atau lebih kesalahan yang berbangkit dari transaksi yang sama atau transaksi tunggal, hukuman yang dijatuhkan itu hendaklah berjalan secara serentak. Prinsip ini telah diterima pakai oleh mahkamah-mahkamah Malaysia, antara lain, dalam kes-kes *Abu Seman v. PP* [1981] 1 LNS 181, *Annantan Subramaniam v. PP* [2007] 8 CLJ 1 dan *Vijeyan Kunjoo v. PP* [2008] 5 CLJ 504. Kes-kes tersebut merujuk kepada buku DA Thomas, *"Principles of Sentencing"*, (2nd edn, 1979) di mana dia memanggilnya sebagai 'one transaction rule'. Thomas mengatakan di ms. 53:

E

F

G The one-transaction rule can be stated simply: where two or more offences are committed in the course of a single transaction, all sentences in respect of these offences should be concurrent rather than consecutive.

**[15]** Bagi membolehkan konsep transaksi yang sama dipakai, mahkamah hendaklah memutuskan sama ada kesalahan-kesalahan berkenaan telah dilakukan dalam 'a single transaction'. Mahkamah-Mahkamah Malaysia lazimnya merujuk kepada ujian yang dinyatakan dalam kes-kes *Amrita Lal Hazia & Others v. Emperor* ILR 42 Cal. 952 dan *Emperor v. Ghulam Wd, Sarang and Others* [1908] Cr LJ 191 bagi tujuan tersebut. Dalam kes yang disebut terdahulu, empat ujian utama telah dinyatakan seperti berikut:

H

I

A comprehensive formula of universal application cannot be framed regarding the question whether two or more acts constitute the "same transaction"; the circumstances which must bear on its determination in each individual case are proximity of time, unity or proximity of place, continuity of action and community of purpose or design.

**[16]** Dalam penghakiman ini, rujukan akan dibuat kepada konsep 'a single transaction' seperti yang ditafsirkan oleh mahkamah-mahkamah Australia yang menyifatkan konsep ini sebagai "a good working rule" (lihat kes *Ruance v. The Queen* [1979] 1A Criminal R 284, 286). Konsep ini dijelaskan oleh mahkamah-mahkamah Australia seperti berikut:

(a) one multi-faceted course of criminal conduct;

(b) a 'continuing episode' (*R v. GMW* [2005] NSWCCA 101);

(c) part of one transaction or episode of offending (*Dickens v. The Queen* [2004] WASCA 179);

(d) offences that are of similar character or ordinarily associated and that simply represent facets of one course of conduct (*Dicker v. Ashton* [1974] 65 LSJS (SA) 150, 151 (Well J));

(e) when a number of offences arise from substantially the same act or same circumstances or a closely related series of occurrences (*Brown* [1982] 5A Crim R 404, 407); and

(f) manifestations of the one criminal enterprise, transaction or episode (*Pearce v. The Queen* [1998] HCA 57, [120] (Kirby J)).

**[17]** Dalam kes *Attorney-General v. Tichy* [1982] 30 sasr 84, 93; 6 a Crim R 117, 126 Wells J mengiktiraf pelaksanaan konsep ini dan berkata:

The practice of imposing either concurrent or consecutive sentences cannot avoid creating anomalies, or apparent anomalies, from time to time. What must be done is to use the various tools of analysis to mould a just sentence for the conduct of which the prisoner has been guilty. Where there are truly two or more incursions into criminal conduct, consecutive sentences will generally be appropriate. **Where, whatever the number of technically identifiable offences committed, the prisoner was truly engaged upon one multi-faceted course of criminal conduct, the judge is likely to find concurrent sentences just and convenient** sentence for each offence and then consider questions of cumulation and concurrence, as well, of course, as questions of totality. (Penekanan ditambah).

**[18]** Mahkamah-mahkamah Australia memutuskan bahawa "even distinct and unrelated offences have sometimes been treated as if they were related for the purposes of concurrency because they were committed within a short period of time" (lihat kes-kes *Western Australia v. Miller* [2005] 30 WAR 38, 42; *Worthington v. Western Australia* [2005] 152 A Crim R 585, 591; dan *R v. Scanlon* [1987] 89 FLR 77.).

**[19]** Kriteria bagi menentukan sama ada dua kesalahan itu berbeza ('distinct offences') telah dibincangkan, antara lain, oleh Hamid Sultan JC (sebagaimana beliau ketika itu) dalam kes *Leken Gerik (M) v. PP* [2007] 8 CLJ 158 terutama di perenggan [15] hingga [18]. Oleh itu, ia tidak perlu diulangi di sini. Apa yang ingin ditambah di sini ialah bahawa dua kesalahan akan dikira sebagai satu kesalahan melainkan setiap satu kesalahan tersebut memerlukan pembuktian elemen di mana kesalahan yang satu lagi itu tidak memerlukannya. Dalam kes *Blockburger v. United States* 284 US 299 (1932) telah diwujudkan apa yang dipanggil "Blockburger test" seperti berikut:

> The applicable rule is that where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions; the test to be applied to determine whether there are two offences or only one, is whether each provision requires proof of an additional fact which the other does not.

**[20]** Ini bermakna bahawa jika sesuatu perbuatan jenayah telah memenuhi keperluan tambahan untuk setiap kesalahan, perbuatan yang sama itu akan membentuk satu kesalahan di bawah peruntukan yang berlainan. ('Where the criminal act in question fulfils the extra requirement of each offence, the same act will constitute an offence under each provision.').

**[21]** Mahkamah ini tidak terlepas pandang keputusan kes *PP v. Yap Huat Heng* [1986] 1 CLJ 81; [1986] CLJ (Rep) 645, apabila Shaik Daud H (sebagaimana beliau ketika itu) berkata:

> Where two or more distinct offences had been committed, sentences of imprisonment should not be made to run concurrently. It should be only be made concurrent when an offender had been convicted of a principal and subsidiary offence. In all other cases sentences should be made to run consecutively.

**[22]** Dalam kes di atas, konsep "same transanction or a single transaction" tidak dibincangkan oleh hakim. Tambahan pula hukuman yang dijatuhkan oleh HMS berhubung dengan empat pertuduhan yang dikemukakan terhadap tertuduh adalah ternyata

terlalu ringan, iaitu tiga tahun penjara bagi setiap dua pertuduhan di bawah s. 376 Kanun Keseksaan dan dua pertuduhan di bawah s. 392/397 Kanun yang sama. Hukuman diperintahkan berjalan serentak ("concurrent"). Justeru, campur tangan Hakim Mahkamah Tinggi yang memerintahkan hukuman berjalan secara berasingan adalah wajar. Kes ini tidak diikuti oleh kes *Annantan Subramaniam v. PP (supra)* dan *Vijeyan v. PP (supra)*. Tambahan pula, konsep satu transaksi yang sama "is not a rule at all, but merely a guidline". Oleh itu, ia adalah bergantung kepada keadaan yang wujud dalam setiap kes. "It is for the sentencing judge to determine, in every case, whether the application of the general rule would result in an appropriate measure of the total criminality involved in the conduct." (Lihat *R v. Faithful* [2004] 142 A Crim R 54 at [28], per McLure J). Adalah benar seperti yang dikatakan oleh Professor Fox dan Freiberg, *'Sentencing: State and Federal Law in Victoria'* (2nd edn, 1999), di ms. 715:

> for every case that can be cited to illustrate the rule, another can be found that provides an exception, or effectively negates it.

**[23]** Dalam kes di hadapan mahkamah ini, adalah tidak dapat dipertikaikan bahawa konsep "one transaction rule" adalah terpakai kerana ia telah memenuhi ujian yang diperlukan seperti berikut:

(a) perbuatan rogol dan merompak dengan menggunakan senjata berbahaya berlaku di tempat yang sama, iaitu berhampiran perumahan dua tingkat yang dalam pembinaan di Jalan Utama, Taman Pasir Putih, Pasir Gudang, Johor Bahru;

(b) kesalahan-kesalahan tersebut berlaku pada tarikh dan masa yang sama, iaitu 13 November 2005, jam 1 pagi;

(c) terdapat kesinambungan perbuatan iaitu kedua-dua kesalahan dilakukan oleh P1 dan P2;

(d) terdapat kesinambungan tujuan, iaitu kedua-dua perbuatan tersebut dilakukan sebagai tindak balas P1 dan P2 kerana SP3 dikatakan memukul adik P1. Oleh itu, SP3 dan teman wanitanya, SP2, perlu menerima akibat; dan

(e) perbuatan-perbuatan P1 dan P2 adalah 'a continuing episode' serta 'a closely related series of occurences'.

(Lihat juga kes-kes *Jayaraman & Ors v. PP* [1979] 1 LNS 36, *Chin Choy v. PP* [1955] 1 LNS 17 dan *Bachik Abdul Rahman v. PP* [2004] 2 CLJ 572).

**[24]** Pada pandangan mahkamah ini, jika kesalahan-kesalahan yang dilakukan itu membentuk 'a single transaction', pada umumnya hukuman yang dijatuhkan hendaklah pada kebiasaannya diperintahkan berjalan secara serentak ("concurrent"). Adalah diakui bahawa hakim bicara (dalam kes ini HMS) mempunyai budi bicara untuk tidak mengikut ("depart") dari konsep ini, namun ia perlu dilaksanakan dalam keadaan yang luar biasa ("exceptional circumstances") sahaja di mana HMS tersebut perlu mengenal pasti keadaan-keadaan tersebut. Dalam hubungan ini Archbold, 2002, menyatakan di perenggan 5 - 160:

> A court may depart from the principle requiring concurrent sentences for offences forming part of one transaction if there are exceptional circumstances. But a sentencer must clearly identify the exceptional circumstances upon which she or he seeks to justify the imposition of consecutive terms ...

**[25]** Dengan hormat, dalam alasan penghakimannya, HMS tidak mengenal pasti keadaan-keadaan luar biasa tersebut. HMS berkata di m.s. 22 Rekod Rayuan:

> Mahkamah memerintahkan supaya hukuman Pertuduhan Pertama hendaklah berjalan berasingan dari hukuman Pertuduhan Kedua dan Ketiga. Hukuman Pertuduhan Kedua dan Ketiga berjalan serentak. Hukuman yang dijatuhkan adalah wajar dan berpatutan dengan apa yang dilakukan oleh OKT1 dan OKT2 ianya tidaklah terlampau keterlaluan sangat.

**[26]** Dalam memakai konsep atau prinsip 'one transaction rule', tentunya ia adalah berkait rapat dengan prinsip 'totality principle'. Konsep ini telah dijelaskan oleh DA Thomas di ms. 56 seperti berikut:

> The effect of the totality principle is to require a sentencer who has passed a series of sentences, each properly calculated in relation to the offence for which it is imposed and each properly made consecutive in accordance with the principles governing consecutive sentences, **to review the aggregate sentence and consider whether the aggregate is 'just and appropriate'**. (Penekanan ditambah).

**[27]** Rasional konsep ini seterusnya dijelaskan oleh DA Thomas di ms. 57 - 58:

> A cumulative sentence may offend the totality principle if the aggregate sentence is substantially above the normal level of sentences for the most serious of the individual offences involved, or if its effect is to impose on the offender 'a crushing sentence' not in keeping with his record and prospects. The first limb of the principle can be seen as an

extension of the central principle of proportionality between offence and sentence, while the second represents an extension of the practice of mitigation.

**[28]** Hukuman penjara yang dijatuhkan dalam tempoh yang terlalu lama boleh dianggap sebagai "crushing". Ipp J berkata dalam kes *Jarvis v. The Queen* [1993] 20 WAR 201:

> [i]t is sometimes said that a sentence falls into this category when it leaves the offender with no hope for the future; or when it would provoke a feeling of hopelessness in the defendant if and when he is released; or where it destroys a reasonable expectation of useful life after release.

**[29]** Konsep "totality principle" juga dikatakan sebagai pelaksanaan "merciful intervention". Mc Hugh J dalam kes *Postiglione* [1997] 189 CLR 295, 308, memetik King CJ dalam kes *R v. Rossi* seperti berikut:

> There is a principle of sentencing known as the principle of totality, which enables a court to mitigate what strict justice would otherwise indicate, where the total effect of the sentence merited by the individual crimes becomes so crushing as to call for the merciful intervention of the court by way of reducing the total effect.

[Lihat juga kes *Wong Kai Chuen Philip v. PP* [1990] 1 LNS 146].

**[30]** Dalam kes *R v. Faulker* [1972] 5 Cr App R 594, Lord Chief Justice of England bertanya di ms. 596:

> However, at the end of the day, as one always must, one looks at the totality and asks whether it was too much.

Bertanyakan soalan yang sama dalam keadaan yang wujud dalam kes ini, mahkamah ini berpendapat bahawa jika hukuman bagi pertuduhan pertama diperintahkan berjalan berasingan dengan pertuduhan kedua dan ketiga, P1 dan P2 akan menjalani hukuman penjara selama 25 tahun, di samping terpaksa menjalani 30 sebatan rotan. Ia bukan sahaja merupakan "crushing sentence" tetapi tidak teratur di sisi undang-undang terutama berhubung dengan sebatan rotan (lihat s. 288 Kanun Tatacara Jenayah).

**[31]** DA. Thomas menjelaskan selanjutnya mengenai pelaksanaan prinsip "totality principle" ini seperti berikut di ms. 57:

> Where the totality of sentences does appear to be excessive and some adjustment is necessary, it is usually preferable to make the adjustment by ordering sentences to run concurrently, rather than by reducing the length of individual sentences and allowing them to remain consecutive.

A Secara khususnya, Thomas mengatakan:

> .. a series of short consecutive sentences adding up to a substantial total is generally inappropriate; 'it is better to pass ... an appropriate sentence on each count and make those sentences run concurrently ...'

B **[32]** Dalam kes di hadapan mahkamah ini, adalah difikirkan wajar dan berpatutan sekiranya hukuman bagi pertuduhan pertama, kedua dan ketiga diperintahkan berjalan serentak kerana melihat secara keseluruhan, hukuman tersebut adalah secara ketara adalah terlampau berat dan merupakan 'a crushing sentence'. Ini adalah
C merupakan kesalahan pertama P1 dan P2 dan mereka masih muda (20-an) dan mempunyai peluang dan berpotensi untuk dipulihkan dan diberi pendidikan serta tarbiah untuk menjadi warganegara yang berguna kepada agama, bangsa dan negara. Peluang tersebut tidak wajar dinafikan. Dalam konteks dan semangat tersebut, mahkamah
D ini telah melaksanakan budi bicara dengan mengubah hukuman yang telah dijatuhkan oleh HMS.

E

F

G

H

I